DER BEGRIFFLICHE UNTERSCHIED

VON

SPIEL UND WETTE.

INAUGURAL-DISSERTATION

VERFASST UND DER

HOHEN RECHTS- U. STAATSWISSENSCHAFTLICHEN FAKULTÄT

DER

KGL. BAYER. JULIUS-MAXIMILIANS-UNIVERSITÄT WÜRZBURG

ZUR

ERLANGUNG DER RECHTS-
UND STAATSWISSENSCHAFTLICHEN DOKTORWÜRDE

VORGELEGT

AM 27. FEBRUAR 1903

VON

KARL REUBER AUS **HANAU**

REFERENDAR BEIM KGL. OBERLANDESGERICHT ZU KASSEL.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

FRANKFURT A. M.

DRUCK VON GEBRÜDER KNAUER

1903.

Einleitung.

Im gemeinen Recht sind Spiel und Wette hinsichtlich der Klagbarkeit verschieden behandelt. Unter seiner Herrschaft war daher die Frage nach dem begrifflichen Unterschied beider Verträge eine selbstverständliche. Jedoch bieten trotz ihrer vielseitigen Erörterung weder die Lehrbücher noch die zahlreichen Spezialabhandlungen eine befriedigende Lösung.

Im B. G. B. sind Spiel und Wette den gleichen Rechtssätzen unterstellt.[1] Aus diesem Umstand folgt indessen nicht, daß das B. G. B. einen begrifflichen Unterschied zwischen ihnen verneint; denn auch der Tausch ist ein vom Kauf verschiedenes Geschäft, obgleich er denselben Vorschriften wie der Kauf untersteht.[2] Anderseits ist daraus, daß die Gleichheit von Spiel und Wette im B. G. B. nicht ausdrücklich ausgesprochen ist, nicht der Schluß zu ziehen, daß hiermit stillschweigend ein begrifflicher Unterschied beider anerkannt werde.[3]

Sonach harrt auch nach dem B. G. B. die Frage nach dem begrifflichen Unterschied von Spiel und Wette der Lösung durch die Wissenschaft. Die Frage hat nicht nur wissenschaftliches, sondern auch praktisches Interesse: für das bürgerliche Recht, weil für dieses die genaue Abgrenzung beider Verträge von

---

[1] Eine Definition gibt das B. G. B. nicht; nur eine indirekte Charakterisierung des Spiels findet sich in § 764, in dem das sogenannte Differenzgeschäft als Spiel angesehen wird.

[2] Arnheim, Über Spiel und Wette, Greifswald 1898, S. 26. i. f. Mengel, Spiel und Wette, Cassel 1901, Gebrüder Müller, S. 14.

[3] So auch Mengel a. a. O. S. 14. Zu Unrecht macht jedoch Mengel S. 15 Arnheim den Vorwurf, daß dieser a. a. O. S. 27 die Folgerung ziehe, das B. G. B. erkenne einen Unterschied von Spiel und Wette deshalb an, weil es ihre Gleichheit nicht ausspricht. Die Worte: »Aus der verschiedenen Bezeichnung beider Verträge als »Spiel« und »Wette« geht vielmehr hervor, daß das B. G. B. eine begriffliche Scheidung beider Verträge anerkennt« (S. 27 Z. 2 von oben) sagen doch das Gegenteil.

anderen Verträgen wegen der Unklagbarkeit ersterer notwendig ist; für das Strafrecht, weil für dieses eine sichere Beantwortung der Frage, ob die sogenannten »Totalisatorwetten« und die Geschäfte der »Buchmacher« unter den Begriff des »Glücksspiels« fallen, wegen der Strafbarkeit des gewerbsmäßigen Glücksspiels gemäß § 284 und auch mit Rücksicht auf §§ 285, 360 Z. 14 des Reichsstrafgesetzbuchs gefordert werden muß.

Die Lösung der Frage setzt notwendig die Feststellung des Wesens jedes der beiden Geschäfte voraus.

---

§ 1.

Allgemeine Betrachtungen über Spiel und Wette.

Vorbemerkungen.

In den einschlägigen juristischen Monographieen ist in Beziehung auf den Gebrauch der Worte »Spiel« und »Wette«, »spielen« und »wetten« im gemeinen Leben zumeist von einer »Schwankung und Unsicherheit« oder gar einer »vollständigen Sprachverwirrung« die Rede.[4]) Die betreffenden Autoren nehmen sich indessen nicht die Mühe, die verschiedenen Anwendungsfälle dieser Ausdrücke im Sprachgebrauche näher zu betrachten und zu prüfen. Schon im Hinblick hierauf erscheint es geboten, zunächst über Spiel und Wette einige Betrachtungen allgemeinerer Natur anzustellen, um erst einmal darüber Klarheit zu schaffen, was man nach der Auffassung des gemeinen Lebens und dem allgemeinen Sprachgebrauch unter Spiel und Wette überhaupt versteht.

---

[4]) Krügelstein: »Über den begrifflichen Unterschied von Spiel und Wette«, Leipzig 1869. S. 35 oben, S. 36 Abs. 3, S. 31 Abs. 3; Mengel a. a. O. S. 27 Abs. 2; Wilda: Wette S. 209: »Der Sprachgebrauch des gemeinen Lebens kann hier nicht entscheiden, da in demselben eine bestimmte Unterscheidung zwischen Spiel und Wette fast ganz verloren gegangen ist«, in der Zeitschrift für Deutsches Recht von Reyscher und Wilda, Bd. 8, Leipzig 1843.

I. Allgemeine Betrachtungen über das Spiel.

1. Ursprung, Anwendungsfälle und Bedeutung der Worte »Spiel« und »spielen«.

Bei einer Erörterung über den Ursprung, die ursprünglichen Anwendungsfälle und Bedeutungen der Worte »Spiel« und »spielen«, »Wette« und »wetten« kann es sich hier selbstverständlich nicht um eigene Untersuchungen handeln. Es mag gestattet sein auf die Forschungen der Fachmänner Bezug zu nehmen. Hauptsächlich kommen hier die Arbeiten von Heyne und Grimm[5]) in Betracht.

Nach Heyne kommt das heutige Wort »Spiel« schon im Althochdeutschen, Altsächsischen, Altnordischen und Mittelhochdeutschen in der ihrer Abstammung nach dunkelen Form[6]) »spil« vor und zwar zur Bezeichnung einer geordneten Bewegung, insbesondere einer solchen in Scherz und Lust. So finde sich »spil« zur Bezeichnung eines unterhaltenden, ergötzlichen, kurzweiligen Treibens im allgemeinen, — wie wir heute noch vom Spielen der Kinder sprechen.[7]) Daneben werde es aber auch in bestimmter Einengung des Begriffs gefunden z. B.: für einen zur Unterhaltung anzuschauenden lebendigen Vorgang[8]) — für das Rühren musikalischer Instrumente — ferner in der Bedeutung einer freien, mannigfaltigen Bewegung z. B. der Gliedmaßen[9]) — endlich zur Bezeichnung eines vereinbarten Streits um Geld oder Pfand.[10]) In diesen Bedeutungen finde sich auch das aus gleicher Wurzel stammende, im Althochdeutschen in der Form »spilôn«, im Mittelhochdeutschen in der Form »spiln«, mundartlich »spelen« »spilln« vorkommende Zeitwort »spielen«.

---

[5]) Prof. Moritz Heyne »Deutsches Wörterbuch«, Leipzig 1895, Hirzels Verlag, Bd. 3 Artikel Spiel, spielen S. 686, 687; Wette, wetten S. 1375. Jakob Grimm »Deutsche Rechtsaltertümer«, 3. Ausgabe, Göttingen 1881.

[6]) mundartlich: »spel«, vergl. z. B. bei Bruck: Über Spiel und Wette, Greifswald 1868, S. 28: Goslarische Statuten: »Düve noch rof noch dobelspel ghilt de erve nicht.«

[7]) vergl. Mengel a. a. O. S. 5 Abs. 2 und 3.

[8]) Theaterspiel, Puppenspiel.

[9]) Z. B. Augenspiel, Mienenspiel, Spiel der Hände.

[10]) Geldspiel, Spielvertrag.

Hiernach sind mit den Worten »Spiel« »spielen« in alter Zeit schon mindestens folgende drei gesonderte Reihen von Vorstellungen verknüpft gewesen:

1. die einer freien, mannifaltigen — insbesondere einer leichten hin und her — Bewegung und der Herbeiführung einer solchen,
2. die einer ergötzlichen Tätigkeit,
3. die eines vereinbarten Streits um Geld oder Pfand.

Diese drei Reihen von Vorstellungen sind auch heute noch in der Sprache des gemeinen Lebens mit den Worten „Spiel« »spielen« verknüpft.

Als Beispiele für die Vorstellungsreihe 1. vergegenwärtige man sich nur z. B. Redewendungen wie: »die Winde, die Wellen, die Sonnenstrahlen spielen«, »ein Spiel von Wind und Wellen sein«, »mit spielender Leichtigkeit«, »die Kinder spielen hin und her«.

Bezüglich der Vorstellungsreihen 2 und 3 genügt ein Hinweis auf die Ausdrücke: »Unterhaltungsspiel« einer- und »Geldspiel«, »Pfänderspiel« anderseits.

Eine Gegenüberstellung des Begriffs »Arbeit« läßt die Begriffe, zu deren Bezeichnung der Bestandteil »Spiel« in den letzten Gruppen von Ausdrücken dient, in ihrer Eigenart scharf hervortreten.

2. Der Begriff »Spiel« im Gegensatz zum Begriff »Arbeit«. »Eigentliches Spiel«, »Reines Unterhaltungsspiel«, »Geldspiel«.

Die Begriffe »Spiel« und »Arbeit« haben im Gegensatz zur »Ruhe« das gemeinsam, daß mit ihnen die Vorstellung einer, sei es körperlichen, sei es geistigen Tätigkeit verknüpft ist. Gleichwohl unterscheiden sie sich von einander.

Mit der Tätigkeit, die unsere Sprache »Arbeit« nennt, ist stets die weitere Vorstellung eines bestimmten materiellen oder geistigen Erfolgs, eines ernsten Lebenszwecks und der zur Erreichung eines solchen erforderlichen Anstrengung, also die Vorstellung des »Schaffens« verbunden.

Mit der Tätigkeit dagegen, für die unsere Sprache den Ausdruck »Spiel« gebraucht, sind stets folgende weitere Vorstellungsreihen verknüpft:

entweder 1. die des nutzlosen Zeitverbringens, des Zeitvertreibs, der Leichtigkeit und Erholung, alles in allem die Gesamtvorstellung des »Genießens«,

oder 2. zwar die eines bestimmten materiellen und unter Umständen sehr schwerwiegenden Erfolgs — nämlich eventueller Herbeiführung einer Vermögensverschiebung —; aber nicht als eines durch ernste, schaffende Tätigkeit — Arbeit — sondern als eines durch Unterwerfung unter das Walten des Zufalls herbeizuführenden, wirtschaftlich und sittlich nicht gerechtfertigten Erfolges, alles in allem die Gesamtvorstellung eines »Streites um Geld oder Geldeswert«.

Treffend führt Arnheim in dieser Hinsicht zu 1. aus:[11])

»Erholung« gewährt das Spiel insofern, als die im Spiel liegende Tätigkeit keine Anstrengung für die Spielenden bedeutet, während der Zeitvertreib in der Ergötzung am Spiel liegt, die bewirkt, daß dem Spieler die Zeit schnell verfließt.«

»Spiel« ist sonach im Gegensatz zur »Arbeit« eine leichte, ergötzliche, keinen ernsten Zweck verfolgende, sondern dem Zeitvertreib und der Erholung dienende und insofern eine »Schein«-[12])Tätigkeit.

Wird diese lediglich um ihrer selbst willen vorgenommen, so liegt »Eigentliches Spiel«, »Reines Unterhaltungsspiel« vor, das seinen Reiz und seine einzigen Zwecke »Erholung, Zeitvertreib« in sich selbst trägt.[13])

Dieser Boden wird verlassen, wenn man zur Erhöhung des Reizes dieser Tätigkeit die Erlangung eines geldwerten Vorteils von einem im Verlauf derselben möglicherweise eintretenden

---

[11]) a. a. O. S. 9 Abs. 1 i. f.

[12]) Dementsprechend drückt »Spiel« als erster Bestandteil eines zusammengesetzten Wortes dem oder den folgenden Bestandteilen den Stempel der Scheinnatur auf. So ist z. B. »Spielgeld« ein münzenähnliches Metallstück, welches nicht Geld ist, sondern nur Geld genannt wird, weil es beim Kaufmannsspiel der Kinder als Spielgerät bei Scheinkäufen Geld vorstellen soll, »Spielart« nicht die richtige, die Hauptart, sondern eine davon abweichende Nebenart, wie man in diesem Sinn z. B. von Spielarten der Pflanzen und Tiere spricht.

[13]) vergl. de Aiala, Petrus Pantoja: de aleatoribus in Ottonis Thesaur. jur. Rom. Tom IV. S. 1061, Trajecti ad Rhenum 1733.

Ereignis abhängig macht. Das Spiel wird dann Mittel zur Entscheidung über Gewinn und Verlust, »Geldspiel«: Spiel im Rechtssinn, ist der Vertrag, dessen Zweck die eventuelle Herbeiführung einer durch sonst nichts gerechtfertigten Vermögensverschiebung zu gunsten eines der Kontrahenten ist, und dessen eigentümlicher Reiz im Wagnis besteht. Sein Inhalt aber ist: Vereinbarung eines Streites um Geld oder Geldeswert.[14])

Nur in Bezug auf »Geldspiel« hat die Frage nach dem Unterschied von »Spiel« und »Wette« einen Sinn.[15])

II. Allgemeine Betrachtungen über die Wette.

1. Ursprung, ursprüngliche Anwendungsfälle und Bedeutung der Worte »Wette« und »wetten«.

Die Worte »Wette« — »wetten« sind identisch mit dem althochdeutschen »wetti«.[16]) Über die ursprüngliche Bedeutung von »wetti« gehen die Meinungen auseinander.

Nach Grimm[17]) ist »wetti« gleichbedeutend mit spondere, se obligare, s'engager gewesen und hat »etwas versprechen, geloben«, »sich zu etwas verpflichten« bedeutet.

Heyne[18]) stellt fest, daß »wette« ein gemeingermanisches Wort ist. Es komme z. B. im Gotischen in der Form: »vadi« vor, im Altnordischen als: »ved«, im Althochdeutschen in den Formen »veti«—»wetti«, im Altenglischen in der Form »wedd«, im Mittelhochdeutschen in den Formen »wete—wette—wedde«[19]) und sei urverwandt mit vas, vadimonium. Seine ursprünglichste Bedeutung sei die des Pfandes und des Pfandvertrags.

---

[14]) vergl. hierzu Arnheim a. a. O. S. 9 i. m. und Anm. 2 daselbst: »Denselben Zweck wie das Spiel selbst haben die Spielverträge, auch sie dienen der Erholung und der Ergötzung« und S. 10 Satz 1: »Demnach enthält das Spiel als charakteristisches Merkmal die Freude am Wagnis oder das Vergnügen an der Kunstübung«. Arnheim ist sich des absoluten Unterschieds zwischen eigentlichem- und Geldspiel nicht bewußt geworden. Zu beachten ist dabei, daß er in Anm. 2 S. 9 selbst erklärt hat, in der weiteren Darstellung sei »Spiel« stets gleichbedeutend mit »Spielvertrag.«

[15]) vergl. Krügelstein a. a. O. S. 18 i. f; Mengel a. a. O. S. 5 i. f; S. 6 Abs. 2 i. pr.

[16]) [17]) [18]) Grimm, Heyne a. a. O.

[19]) vergl. z. B. Lübisches Stadtrecht bei Bruck a. a. O. S. 48: »wo twe luede wedden« etc.

Hierzu ist folgendes zu erwägen: Als feststehend ist zu betrachten, daß »wette« in der Form des gotischen »vadi« und des mittelalterlichen guadia,[20]) wadia mit »vas«—»vadimonium« gleichen Stammes ist. Ebenso stehen die Bedeutungen dieser Ausdrücke fest.

»Vadem sponsorem significat datum in re capitali« erklärt Sextus Pompeius Festus.[21])

Vadimonium war die sponsio des vas,[22]) ein solennes Versprechen, eine gewisse Geldsumme zu zahlen für den Fall, daß ein bestimmter anderer eine gewisse Verpflichtung z. B. zur Gestellung vor Gericht nicht erfülle. Das vadimonium diente in ältester Zeit in Rom anstatt der Bürgschaft. Der vas war indessen nicht Bürge in unserem Sinne, weil er eine neue Verbindlichkeit mit anderem Inhalt als die des Dritten übernahm.[23]) Dementsprechend bedeutete das vadimonium keine Bürgschaft, sondern eine die Stelle eines eventuellen Ersatzes einnehmende, selbständige Verbindlichkeit mit anderem Inhalt als die Hauptverbindlichkeit.

Als Gegenstück dazu findet sich im Rechtsleben des deutschen Altertums und Mittelalters die »wadia« — »wette«.[24])

Im ältesten deutschen Rechte konnte zum Zwecke eines Vertragsabschlusses eine Leistung, die aus irgend welchen Gründen nicht sofort zu ermöglichen war oder nach der Absicht der Parteien erst künftig geschehen sollte, rechtswirksam nur in der Weise versprochen werden, daß der Schuldner dem Gläubiger irgend ein Vermögensstück von hinreichendem Werte als »wadia« mit der Bestimmung übergab, daß es bei Nichterfüllung des Leistungsversprechens dem Gläubiger verfallen, bei Erfüllung aber zurückgegeben werden sollte.

Die Hingabe der wadia hieß wadiare.

---

[20]) vergl. Cacialupi: De ludo, im Tractatus tractatuum. Ven. 1584. Bd. 7. S. 156: »approbatur enim sponsio, quae vulgo dicitur »guadia« in casibus permissis etc.

[21]) bei Bruns: Fontes Juris Romani Antiqui, Editio quinta, Friburgi in Brisgavia 1887. S. 374.

[22]) Sohm, Institutionen des römischen Rechts, 6. Aufl. Leipzig 1896 S. 290 Anm. 2.

[23]) Sohm a. a. O.

[24]) vergl. hierzu Heusler: »Institutionen des Deutschen Privatrechts« Leipzig 1886. Bd. 1 S. 76 f. Bd. 2 S. 128, 207, 222, 247 f.

Das Eigentümliche eines so geschlossenen Vertrags war, daß ursprünglich der Gläubiger aus ihm keine Klage auf Erfüllung der Hauptverbindlichkeit, sondern nur einen Anspruch auf Verfall der »wadia« hatte. Die Hingabe der wadia hatte also den wirtschaftlichen Charakter einer einstweiligen, stellvertretenden Ersatzleistung, die dem Gläubiger für alle Fälle wenigstens dem Werte nach einen »Ausgleich« bot für die ihm etwa vorenthaltene wirkliche Vertragsleistung. Juristisch läßt sie sich wohl unter die Konstruktion einer resolutiv bedingten datio in solutum bringen.[25])

Mit der Annahme der wadia galt der Gläubiger als befriedigt. Von diesem Augenblick an lag für éin Selbsthilferecht des Gläubigers auf Erzwingung der Vertragsleistung durch Fehde ein Grund nicht mehr vor. Praktisch kam also jedenfalls die Annahme der wadia einem Verzicht des Gläubigers auf sein Fehderecht gleich.

Allmählich wurde neben dem Anspruch des Gläubigers auf Verfall der wadia ein klagbarer Anspruch auf Erfüllung des Vertrags anerkannt, und gleichen Schritt haltend mit dieser Entwickelung wurde aus der ernsten, der Sicherung des Gläubigers dienenden, einstweiligen Ersatzleistung eine bloße Scheinleistung, indem als wadia ein wertloser Gegenstand — Halm, Stab — gegeben wurde. Jedoch galt auch durch dieses bloße Symbol einer wadia der Charakter des Vertrags als gültigen, eine persönliche Verpflichtung zur Erfüllung erzeugenden Formalkontrakts als gewahrt. Nach diesem Symbol einer wadia wurde schließlich der Vertrag als solcher wadia genannt.

Der Ausdruck wadia lebt in der jüngeren Form »wette« in unserer Sprache noch heute fort.

2. Heutiger Sprachgebrauch.

Von der Entwicklung der mannigfachen Vorgänge, die man heute im Leben als »Wette« bezeichnet, gibt das Gemeinsame, das Bleibende und darum Charakteristische folgendes Bild:

Zwei Personen haben im Meinungsaustausch miteinander unvereinbare Behauptungen ausgesprochen. Jeder fühlt sich durch

---

[25]) Heusler a. a. O. Bd. 2. S. 233. faßt die »wadia« geradezu als »Zahlung« auf.

die Behauptung des Gegners gewissermaßen beleidigt, verlangt von ihm den Beweis ihrer Richtigkeit und sucht ihm die Richtigkeit seiner eigenen Behauptung zu beweisen. Von den vorgebrachten Gründen ist keiner überzeugend, der Meinungsstreit wogt unentschieden hin und her. Endlich sehen die Parteien ein, daß ihnen zur Zeit nicht möglich ist, die eine Überzeugung des Gegners ermöglichenden Beweismittel vorzuführen, und bei den des erfolglosen Streites Müden macht sich der Wunsch nach Beseitigung des Streites geltend. Indessen glaubt jeder — sei es seiner Überzeugung, der Ehre oder auch geschäftlicher Rücksichten halber — seine Behauptung vor erbrachtem Gegenbeweis nicht zurücknehmen zu dürfen. Dem Wunsch nach Beseitigung des Streites steht der Gedanke hindernd im Wege, daß die Zurücknahme der Behauptung der Vermutung ihrer Unrichtigkeit oder Nichternstlichkeit Raum lasse.

In diesem Dilemma bleibt zur Beseitigung und Beförderung der Entscheidung des Streites nur ein Ausweg, ein Mittel, den Gegner zu veranlassen, freiwillig seine Behauptung zurückzunehmen oder doch eine der Erreichung dieser Zwecke dienliche Vereinbarung einzugehen:

Eine Partei erklärt, daß sie im Augenblick zur Vorführung von Beweismitteln zwar nicht imstande aber bereit sei, ihre Behauptung dadurch glaubhaft zu machen, daß sie sich für den Fall ihrer Unrichtigkeit einem Vermögensverlust unterwerfen wolle, falls der Gegner seinerseits dies auch tue; sie fordert ihn auf, seine Behauptung in gleicher Weise glaubhaft zu machen; mit anderen Worten: »sie bietet ihm eine Wette an«.

Häufig genügt schon das Angebot der Wette zur Beseitigung des Streites.

Es bleiben nämlich dem Gegner gegenüber dem Angebot der Wette und der Aufforderung zur Eingehung einer solchen nur drei Möglichkeiten des Verhaltens:

1. Entweder: er nimmt aus Furcht vor der Möglichkeit des Vermögensverlustes, der ihn die Annahme der Wette aussetzen würde, seine Behauptung zurück. Dann ist hiermit der Streit endgültig beseitigt.

2. Oder: er hält seine Behauptung zwar aufrecht, lehnt es aber ab, sie in der vom Gegner

vorgeschlagenen Weise glaubhaft zu machen. Dann gilt er nach allgemeiner Anschauung bis zum Beweis der Unrichtigkeit der Behauptung des Gegners als im Unrecht befindlich. Der Streit gilt bis zum Beweis des Gegenteils als zu gunsten des Gegners entschieden.

3. Oder: er erklärt sich zu der vorgeschlagenen Glaubhaftmachung bereit.

Tauschen dann die Parteien die Versprechen aus, so ist die Wette gemacht.

Das und nur dies nennt man heute »Wette«, »wetten«. Insbesondere wird Wette nicht genannt ein Vertrag, durch den von zwei im Meinungsstreit befindlichen Parteien eine für den Fall der Unrichtigkeit ihrer Behauptung dem Gegner eine geldwerte Leistung verspricht.[25a)]

In dem Abschluß des Wettvertrags liegt zugleich die stillschweigende Feststellung und Erklärung — Vereinbarung — der Parteien, daß bisher keine der Behauptungen als widerlegt zu gelten habe, vielmehr beide bis zur Erbringung des Gegenbeweises als durch das Versprechen der Wettsumme hinreichend glaubhaft gemacht und insofern als gleichberechtigt anzuerkennen seien, und, daß ferner für den Fall des Beweises der Unrichtigkeit der Behauptung einer der Parteien deren sonach ungerechtfertigtes Bestreiten der Behauptung des Gegners durch Zahlung der Wettsumme gesühnt sein solle.

So dient der Wettvertrag der gütlichen Beilegung des Steites. — Sein Abschluß dient aber auch der endgültigen Beseitigung des Streites im Wege seiner Klarstellung.

Und zwar dient auch diesem Zwecke die Unterwerfung unter einen Vermögensverlust für den Fall der Unrichtigkeit der Behauptung, indem sie den Gegner, falls er mit seiner Behauptung im Recht ist, normalerweise dazu anreizt, die Verwirkung der Wettsumme herbeizuführen. Dieser Reiz ist besonders stark, wenn, wie es in den weitaus meisten Fällen

---

25a) Anderer Ansicht z. B. Dernburg: Das Bürgerliche Recht Bd. 2 § 211. A. 7: »Eine Wette liegt auch dann vor, wenn bloß ein Teil für den Fall der Unrichtigkeit seiner Behauptung etwas verspricht, z. B. 1000 gegen nichts verwettet.«

geschieht, die Verwirkung der Wettsumme zu gunsten des im Recht befindlichen Kontrahenten ausgemacht worden ist. Er ist indessen auch dann vorhanden, wenn, wie es mitunter auch geschieht, Verwirkung der Wettsumme zu gunsten Dritter oder zu gunsten eines gemeinsamen Zwecks der Kontrahenten — z. B. zu gemeinsamem Trinkgelage — verabredet ist.

Es muß nämlich der auf Zahlung der Wettsumme Klagende, um mit der Klage durchzudringen, die Richtigkeit seiner Behauptung beweisen. Mit der Erbringung dieses Beweises ist aber der Streit entschieden und damit zugleich endgültig beseitigt.

Zweck der Wette ist lediglich die Beseitigung des Streites, nicht dagegen die Entscheidung über die Verwirkung der Wettsumme. Letztere nimmt nur die Stellung eines Hilfsmittels zur Herbeiführung des Vertragsabschlusses und zur Erreichung des Vertragszwecks ein.

Der Charakter der Wette ist sonach der eines gütlichen Vergleichs, eines Sühnevertrags.

In dem so festgestellten Sinne findet sich »Wette« im heutigen Sprachgebrauch fast ausschließlich als selbständiges Substantiv. Als zusammengesetztes Substantiv findet es sich im Sprachgebrauch des gemeinen Lebens selten und nur in dem festgestellten richtigen Sinn, z. B. in den Ausdrücken: »Geldwette« und »Wirtshauswette«. Einen ganz anderen oder vielmehr eigentlich gar keinen Sinn hat es in den Zusammensetzungen »Spielwette«, »Totalisatorwette« und »Rennwette«. Diese sind indessen dem Sprachgebrauch des gemeinen Lebens fremd.

Bei dem erst in neuerer Zeit von Juristen[26]) geschaffenen Wort »Spielwette« drückt der erste Bestandteil dem zweiten den Stempel auf, daß letzterer hier nicht in seinem allgemeinen und richtigen Sinn zu verstehen ist.[27]) Es wird als Bezeichnung eines in die äußere Erscheinungsform einer Wette verkleideten, in Wirklichkeit aber »Spiel« bezweckenden Vertrags gebraucht,

Die Bastardworte »Rennwette« und »Totalisatorwette« sind erst in allerneuester Zeit aufgetaucht. Sie sind an sich sprachlich

---

[26]) vergl. hierzu z. B. Mengel a. a. O. S. 21 i. m. und die dort Zitierten.

[27]) vergl. oben S. 7 Anm. 12.

richtig gebildet, insofern unter ihnen in Beziehung auf Wettrennen und Totalisatorbetrieb abgeschlossene wirkliche Wetten verstanden werden könnten.[28]) Auch sie sind indessen keine aus dem Leben selbst erwachsenen Entwicklungserscheinungen sondern »Kunstprodukte«, die geradezu auf eine Sprachfälschung hinauslaufen.

Es sind diese Zusammensetzungen nämlich von Vorständen von Rennvereinen, Buchmachern und Inhabern von Wettbüreaux absichtlich geschaffen und zunächst in den schriftlichen mittelbar aber dadurch auch in den mündlichen Verkehr des sich für Totalisatorbetrieb und Buchmachen interessierenden Publikums eingeführt worden. Und zwar ist dies in doppelter Absicht geschehen:

1. um die Aufmerksamkeit der Kriminalbehörden von diesen eigenartigen Geschäftsbetrieben fernzuhalten,

und 2. um sich eventuell auf den »allgemeinen« Sprachgebrauch und die »allgemeine« Lebensauffassung zu berufen, wonach diese Geschäfte als »Wetten«, nicht aber als »Spiel« aufgefaßt würden, und so eventuell der Anklage und Verurteilung wegen gewerbsmäßigen Glücksspiels zu entgehen.

Dies Manöver ist indessen vergeblich gewesen. Sowohl das Preußische Oberverwaltungsgericht wie auch das Reichsgericht haben »Totalisator-« und »Rennwetten« als »Glücksspiel« erkannt.[29])

Auch in adverbiellem Gebrauche findet sich heute das Wort »Wette«: einmal in der festen Formel »um die Wette« im Sinne des Bestrebens, es andern gleich oder gar zuvor zu tun, eines Eifers gleich dem, der bei einer Wette von den Parteien aufgewendet wird, ihre Behauptungen als richtig zu erweisen und so die Verwirkung der von ihnen versprochenen Wettsumme zu verhindern, und ferner im gleichen Sinn als erster Bestandteil zusammengesetzter Hauptwörter wie z. B. in »Wetteifer«, «Wettrennen«. So bedeutet auch »Wettspiel« ein »Eigentliches Spiel«, bei dem jeder Teilnehmer sich beeifert, es den

[28]) vergl. hierzu Hirschfeld a. a. O. S. 45 Abs. 2, 3.

[29]) E. d. Pr. Obervw. G. Bd. 8 S. 363, 367 ff; E. d. R. G. Str. Bd. 7 S. 21 und C. Bd. 40 S. 259.

andern Teilnehmern zuvor zu tun, gerade als wenn gewettet wäre und es gelte, die Verwirkung der Wettsumme von sich fern zu halten.

Endlich wird »Wette« bisweilen in der verkürzten Form »wett« als Adjektiv im Sinne von »ausgeglichen,[30]) geschieden« in den stehenden Ausdrücken: »etwas wett machen«,[30]) »wett sein« gebraucht.

Dagegen wird »Wette« heutzutage im gemeinen Leben nicht auch für die »Wettsumme« als solche, sondern stets nur für den »Wettvertrag« als solchen gebraucht.

Endergebnisse der allgemeinen Betrachtungen.

1. Den Wörtern »Spiel« und »Wette«, »spielen« und »wetten« und ihren Zusammensetzungen miteinander und mit anderen Wörtern kommen im gemeinen Leben feste, von einander durchaus verschiedene Bedeutungen zu. Eine Verwirrung und Unsicherheit des Sprachgebrauchs ist nicht vorhanden.
2. Verschieden und daher streng auseinander zu halten sind die Begriffe:
   - »Eigentliches Spiel«, »Reines Unterhaltungsspiel« und »Geldspiel«.
   - »Eigentliches Spiel«, »Reines Unterhaltungsspiel« und »Wette«.
   - »Geldspiel«, »Spielvertrag« (»Spiel« in diesem Sinne) und »Wette«.

---

[30]) Hier muß sich unwillkürlich der Gedanke aufdrängen, ob nicht »Wette«, »wett« gleichen Stammes seien mit »wetzen« d. i. »Scharten ausgleichen« oder »etwas glatt machen«, »Reibungspunkte beseitigen«.

§ 2.

Die bisherigen Theorieen über den begrifflichen Unterschied von Spiel und Wette.

Vorbemerkungen.

Als ein dem Spiel und der Wette gemeinsames, bedeutungsvolles Moment hat man allgemein den Umstand hervorgehoben, daß sowohl beim Spiel als bei der Wette Gewinn und Verlust kraft Parteibeliebung von einem für die Parteien oder wenigstens eine derselben ungewissen Ereignis abhängig gemacht werde. Im einzelnen ist seine Bewertung im Hinblick auf die Beurteilung des begrifflichen Wesens beider eine verschiedene gewesen.

Zunächst wies man mit Rücksicht auf dasselbe beiden Verträgen im Rechtssystem eine gemeinsame Kategorie an.

So stellten sie z. B.: Puchta[31]), Arndt[32]), Keller[33]) in den allgemeinen Teil des Obligationenrechts,

Thibaut[34]) unter die pacta unda,

Wening-Ingenheim[35]) unter »die wesentlich zweiseitigen Obligationen«,

Unterholzner[36]) unter »dem Kauf verwandter Verkehr«,

Mühlenbruch[37]) unter »aleatorische Verträge«.

Sintenis[38]) bildete aus ihnen in dieser Rücksicht sogar die besondere Kategorie der »reinen Glücksverträge«. Diese ist von den neueren[39]) fast allgemein mit der Motivierung über-

---

[31]) Puchta, Pandekten, Leipzig 1853.

[32]) Arndt, Pandekten, 9. Aufl. Stuttgart 1873.

[33]) Keller, Pandekten, 2. Aufl. 1867.

[34]) Thibaut, System des Pandektenrechts, 7. Aufl. Jena 1828

[35]) Wening-Ingenheim, Lehrbuch des gemeinen Civilrechts, München 1828.

[36]) Unterholzner, Recht der Schuldverhältnisse, 1840 Bd. 2.

[37]) Mühlenbruch, Doctrina pandektarum, 2. Ausg., Halle 1827.

[38]) Sintenis, Das praktische gemeine Civilrecht, 3. Aufl. Leipzig 1869.

[39]) So z. B. von Mengel, Krügelstein, Arnheim.

nommen worden, daß bei Spiel und Wette das aleatorische Moment nicht nur als Modifikation, sondern sozusagen als einziger Inhalt und Gegenstand des Vertrags auftrete.[40])

Schließlich wurde beregtes Moment als das bei beiden Verträgen allein juristisch Relevante angesehen.

Am Entschiedensten spricht sich hierfür Bruck aus.[41]) Er führt aus, beim Spiel werde das juristische Verhältnis begründet durch einen Vertrag zweier Parteien, von denen sich jede von beiden im Falle des Eintretens oder Nichteintretens eines bestimmten, aber für die Parteien noch ungewissen Tatumstandes verpflichte, etwas an die andere verlieren zu wollen. Eine genaue Untersuchung dieses, das juristische Moment des Geldspiels in sich tragenden Verhältnisses ergebe, daß in ihm alle charakteristischen Merkmale der Wette enthalten seien, sodaß eine Scheidung des Geldspiels und der Wette dem Begriffe nach unmöglich sei, indem das erstere eine Spezies der letzteren sei. So gelangt er zu dem Resultat: »Geldspiel und Wette sind also für den Juristen völlig identische Begriffe.«

Mit dieser Ansicht steht Bruck keineswegs allein. Als auf frühere Vertreter derselben sei z. B. auf Gans[42]), Puchta[43]) und Souchay[44]) hingewiesen. Neuere Vertreter sind z. B. Stenglein[45]) und Mengel.[46])

Diese Auffassung und dieses Resultat stehen indessen in unvereinbarem Gegensatz zu der gänzlich verschiedenen rechtlichen Behandlung beider Vertragsarten im gemeinen Recht, wonach das Spiel unklagbar, die Wette klagbar war; und hieraus allein schon geht notwendig ihre Unrichtigkeit hervor.

Denn darüber konnte niemals Zweifel entstehen und hat

[40]) So z. B. Heimbach in Weiske Rechtslexikon Bd. 10 S. 391 Note 7: »Die reinen Glücksverträge werden aber geschlossen, lediglich weil sie gewagt sind.«

[41]) a. a. O. S. 70, 71.

[42]) Gans, Beiträge zur Revision der preußischen Gesetzgebung, Berlin 1830—32.

[43]) a. a. O.

[44]) Souchay: »Über die Klagbarkeit verschiedener Geschäfte« in Lindes Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß Bd. 3.

[45]) Stenglein: »Glücksspiel und Wette«, in der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. Wien 1883, Bd. 3, Heft 1 S. 111 ff.

[46]) a. a. O. S. 24.

niemals Zweifel bestanden, daß wirklich begrifflich identische Geschäfte notwendigerweise auch hinsichtlich ihrer rechtlichen Wirksamkeit durchaus gleich behandelt werden müssen, während umgekehrt begrifflich verschiedene Geschäfte hinsichtlich ihrer Wirksamkeit sehr wohl in gleicher Weise zu behandeln sein können, man denke z. B. an Kauf und Tausch.

Offenbar aus dieser Erkenntnis heraus hat sich die weitaus überwiegende Mehrzahl der Autoren dafür entschieden, daß Spiel und Wette verschiedene Vertragsarten seien.

Worin aber ist das den begrifflichen Unterschied begründende Moment zu suchen!

Weder das Corpus juris[47]) noch die auf deutschem Boden erwachsenen partikularrechtlichen Bestimmungen[48]) des Mittelalters noch die modernen Kodifikationen[49]) geben Definitionen dieser Verträge. Die literarische Auseinandersetzung über diese Frage hat, wie sich schon aus einer Zusammenstellung von Definitionen bei Stenglein[50]) ersehen läßt, im Laufe der Zeit die allerverschiedensten Theorieen hervorgerufen. Eine völlig erschöpfende Darstellung aller jemals über diesen Gegenstand aufgestellten Theorieen dürfte über den Rahmen dieser Arbeit hinausgehen, würde auch zwecklos sein, da oft in derselben Richtung von demselben irrigen Fundament ausgehend die verschiedensten verfehlten Versuche gemacht worden sind. Im folgenden wird daher nur eine Darstellung und Prüfung der hauptsächlichsten, selbständigen Theorieen versucht werden.

---

[47]) Von Spiel und Wette handeln nur D. XI. 5. de aleatoribus und C. III. 43. de aleatoribus et alearum usu.

[48]) vgl. Schuster: »Das Spiel, seine Entwicklung und Bedeutung im deutschen Recht.« Wien 1878.

[49]) Eine Ausnahme macht das Oesterreichische Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch. Es bestimmt in § 1270: »Wenn über ein beyden Theilen noch unbekanntes Ereigniß ein bestimmter Preis zwischen ihnen für denjenigen, dessen Behauptung der Erfolg entspricht, verabredet wird; so entsteht eine Wette. Hatte der gewinnende Theil von dem Ausgange Gewißheit, und verheimlichte er sie dem anderen Theile; so machte er sich einer Arglist schuldig, und die Wette ist ungültig. Der verlierende Theil aber, dem der Ausgang vorher bekannt war; ist als ein Geschenkgeber anzusehen.« — Und in 1272 Satz 1 u. 2: »Jedes Spiel ist eine Art von Wette. Die für Wetten festgesetzten Rechte gelten auch für Spiele.« Siehe S. 190.

[50]) a. a. O. S. 121—127.

I. Äusserlich erkennbare Umstände als Unterscheidungsmerkmale.

Eine Reihe von Schriftstellern sieht den begrifflichen Unterschied von Spiel und Wette in äußeren Momenten und zwar in verschiedener Weise.

a) Nach manchen soll in der Tätigkeit der Spieler als solcher das einzig für den begrifflichen Unterschied von Spiel und Wette erhebliche Moment liegen, da bei der Wette sich die Interessenten stets passiv verhielten.

Der Hauptvertreter dieser Richtung ist Thöl.[51]) Er schreibt: »Die Tätigkeit zwischen dem Abschluß (des Spielvertrags) und der Entscheidung ist das eigentliche Spielen.« Zur Verdeutlichung seiner Ansicht gibt er unter anderen folgende Beispiele: »Wer die gerade oder ungerade Zahl seiner Rockknöpfe über Gewinn oder Verlust entscheiden läßt, der wettet, wer die Zahl der zu diesem Zweck in die Hand genommenen Münzen entscheiden läßt, der spielt.« »Zwei Engländer schließen einen Vertrag derart, daß der eine dem andern eine Summe Geldes zahlen soll, je nachdem von zwei auf das eine Ende eines Tisches gesetzten Schnecken, die eine oder die andere zuerst das entgegengesetzte Ende erreichen werde.« Diesen letzten Vertrag erklärt Thöl für Spiel, weil die Kontrahenten auf die Entscheidung des Vertrags eingewirkt hätten, indem sie die Schnecken auf den Tisch setzten, mit der Ausführung: »Hätten die Kontrahenten die Schnecken so vorgefunden, daß sie auch nicht im geringsten auf die Entscheidung des Vertrages eingewirkt hätten, so wäre es eine Wette gewesen.«

Die völlige Willkür dieser Unterscheidungen leuchtet ohne weiteres ein.

Zur Begründung seiner Ansicht beruft Thöl sich auf die Bedeutung der Worte ludere, ludus und vor allem auf die von Justinian erlaubten, in l. 2. D. de aleatoribus 11,5 aufgeführten ludi . . si quis certet hasta, pilo jaciendo, currendo, saliendo, luctando, pugnando.

Thöl hat das Wesen des eigentlichen Spiels im Gegensatz zum Spielvertrag nicht erkannt.

---

[51]) Thöl, Verkehr mit Staatspapieren, Göttingen 1835.

Das eigentliche Spiel[52]) und die von Justinian erlaubten Spielverträge erfordern stets eine Tätigkeit, letztere sogar eine recht energische Tätigkeit der Spieler, sind sie doch nur deshalb erlaubt worden, weil sie zur Stählung und kriegerischen Ausbildung des Körpers dienen, diese aber auf jede Weise befördert werden sollte. Allein, inwiefern hieraus der Schluß soll gezogen werden dürfen, daß überhaupt ein Spiel, also auch ein von Justinian nicht erlaubtes, nicht ohne Tätigkeit der Parteien gedacht werden könnte, ist nicht einzusehen. Wäre aber selbst dieser Schluß zulässig, so bliebe doch immer noch der Nachweis zu erbringen, daß bei der Wette niemals eine Tätigkeit der Kontrahenten denkbar wäre.[53]) Die bloße Berufung auf Mühlenbruchs doctrina pandectarum § 427 not. 9: »Solis affirmationibus constant necesse est sponsiones« beweist gar nichts.

Die Thölsche Theorie hat seiner Zeit zahlreiche Anhänger gehabt, so z. B. Gans,[54]) Gerber,[55]) Holzschuher,[56]) Mühlenbruch[57]), Seuffert[58]), Sintenis[59]) Unterholzner[60]), Walter.[61])

Von diesen schreibt Gans wörtlich: »Ein Spiel ist nicht ohne Tätigkeit der Spielenden zu denken, die Wetten schließen diese Tätigkeit aus.«

Krügelstein[62]) nimmt zwar als Merkmal der echten Wette in Anspruch, daß sie das natürliche Resultat eines vorhergegangenen Meinungskampfes sein müsse, behauptet aber anderseits wieder den Begriff der Tätigkeit als absolutes Erfordernis des Spiels, sodaß auch er als Anhänger der Tätigkeitstheorie zu betrachten ist.

---

[52]) Siehe oben S. 6, 7.

[53]) vgl. Stobbe, Handbuch des Deutschen Privatrechts, Berlin 1878, Bd. 3 S. 325 Anm. 7 und die daselbst Citierten.

[54]) a. a. O. S. 168.

[55]) Gerber: System des Deutschen Privatrechts, 11. Aufl. Jena 1873, § 193 S. 519.

[56]) Holzschuher a. a. O.

[57]) Pandekten.

[58]) Pandekten, Würzburg 1864, § 369 S. 305.

[59]) a. a. O.

[60]) a. a. O.

[61]) Deutsches Privatrecht, Bonn 1855, § 369, S. 415.

[62]) a. a. O. S. 62.

Ebenso ist hierher Bender zu rechnen.[63]). Er verlangt als für das Spiel charakteristisch die Herbeiführung der Entscheidung durch eine auf kluger Berechnung oder Geschicklichkeit der Beteiligten beruhende Tätigkeit, sowie bei dieser Tätigkeit zum Zweck der Herbeiführung der Entscheidung »ein Verfahren nach anerkannten Regeln«, also einen im voraus bestimmten Spielplan.

Beseler[64]) kommt das Verdienst zu, zuerst energisch auf die Unhaltbarkeit der Tätigkeitstheorie, wie folgt, hingewiesen zu haben: »Wenn man den Unterschied zwischen Spiel und Wette auf die äußere, formelle Erscheinung, in der beide Verträge sich darstellen, zurückführen will, so ist derselbe darin zu setzen, daß bei dem Spiele gewöhnlich eine Tätigkeit der Beteiligten nach allgemein festgesetzten Regeln (Herkommen, Reglement, Lotterieplan) zur Herbeiführung der Tatsache, von deren Eintritt Gewinn oder Verlust abhängig gemacht sind, mitwirkt, während bei der Wette diese Tätigkeit ganz fehlt oder nur nach dem besonderen Übereinkommen für den einzelnen Fall geordnet ist. Dieser Gegensatz ist aber kein notwendiger, sondern bezeichnet nur, wie es gewöhnlich bei diesen Verträgen herzugehen pflegt, er ist aber auch rein äußerlich, ohne das Wesen der Verhältnisse irgendwie zu treffen, und daher nicht geeignet zur Grundlage einer wissenschaftlichen Begriffsbestimmung zu dienen.«[65]).

Worin liegt nun aber der Grundfehler der Anhänger der Tätigkeitstheorie!

Sie alle suchten den begrifflichen Unterschied zwischen »Spiel« und »Wette« nur insofern sie als Rechtsgeschäfte in Frage kommen konnten, also den Unterschied zwischen Spiel und Wette um Geld oder Geldeswert, zwischen »Spielvertrag« und »Wettvertrag«, stellten aber gegenüber und verglichen miteinander das eigentliche Spiel und den Wettvertrag. Unter diesen Umständen konnten sie freilich zu einem anderen Resultat kaum gelangen. Denn, wie wir oben bei den allgemeinen Be-

---

[63]) Bender: »Über den Verkehr mit Staatspapieren«, als besonderes Beilageheft zum Bd. 8 des Archivs für civilistische Praxis erschienen.

[64]) System des gemeinen Deutschen Privatrechts, 2. Aufl. Berlin 1866, § 130 S. 542.

[65]) Siehe auch Wilda a. a. O. S. 216 i. m., Arnheim a. a. O. S. 14.

trachtungen gesehen haben, besteht das Wesen des eigentlichen Spiels als solchen lediglich in der Ausübung der Spieltätigkeit; diese aber wird vorgenommen, weil sie ergötzt oder zerstreut.

Thöl und seine Anhänger verfielen also in den Fehler, eine Erscheinung rein tatsächlicher Natur — das eigentliche Spiel — mit einem Rechtsgeschäft, dem Wettvertrag, zu vergleichen und zwischen diesen absolut heterogenen Erscheinungen nach einem Unterscheidungsmerkmal zu suchen, statt den Inhalt des »Spiel-« und des »Wettvertrags« d. h. die diese ausmachenden, zusammenstimmenden Willenserklärungen der Parteien vergleichend zu betrachten.

Im Grunde genommen nur eine Verwässerung der Thölschen Tätigkeitstheorie und infolgedessen ebenso unhaltbar als diese sind ferner diejenigen Theorieen, die ein Unterscheidungsmerkmal darin erblicken, daß bei der Wette im Gegensatz zum Spiel angeblich die Parteien auf den Ausfall der Entscheidung keinen Einfluß ausübten, die Entscheidung der Wette vielmehr stets von einem rein zufälligen Ereignis abhängig sein müsse. Demgegenüber genügt ein Hinweis auf die sogen. reinen Glücksspiele wie z. B. das Würfel- oder das Roulettespiel, bei denen die Spieler keinerlei bestimmenden Einfluß auf den Ausgang des Spiels ausüben können, vielmehr lediglich der blinde Zufall entscheidet.

Ebenso unzutreffend ist es umgekehrt, das Wesen des Spiels im Zufall, das der Wette aber darin erblicken zu wollen, daß bei ihr die Personen sich auf ihre Kenntnisse oder ihren Scharfsinn verlassen könnten, welche Ansicht z. B. von Wening-Ingenheim[66]) und Gans[67]) vertreten wird. Man vergegenwärtige sich nur, in wie hohem Grade der Ausgang vieler Spiele wie z. B. vor allem der des Schachspiels von dem Scharfsinn der Spieler und deren im Lauf der Zeit durch vieles Spielen erworbenen Erfahrungen beeinflußt wird.

Soviel über die Tätigkeits- und die ihr verwandten Theorieen!

b) Nach anderen soll sich die Wette vom Spiel begrifflich dadurch unterscheiden, daß beim Abschluß einer solchen stets

---

[66]) a. a. O. § 206 N. 2.

[67]) a. a. O.

eine Meinungsverschiedenheit oder ein Meinungskampf zwischen den Kontrahenten vorliegen müsse. So z. B. Glück,[68]) Thibaut,[69]) Endemann.[70])

Die Unrichtigkeit der Ansicht, daß beim Abschluß der Wette stets eine Meinungsverschiedenheit vorliegen müsse, und daß dieser Umstand zur begrifflichen Scheidung von Spiel und Wette ausreiche, ergiebt sich schon durch die einfache Überlegung, daß auch beim Abschluß des Spielvertrags gewöhnlich die Meinungen der Kontrahenten verschieden sind, insofern jeder das Spiel auf seine Weise zu gewinnen glaubt oder doch hofft.

Aber auch das ausdrückliche Aufstellen verschiedener Behauptungen greift nicht als Unterscheidungsmerkmal durch. Dieser irrigen Ansicht ist z. B. auch Stobbe. Er führt aus:[71]) »Bei der eigentlichen Wette stehen sich entgegengesetzte Behauptungen der Parteien gegenüber, und soll derjenige, dessen Behauptung sich als irrig herausstellt, gewissermaßen als Strafe für seine falsche Behauptung die verabredete Leistung tun. Ob der eine oder der andere für seine Behauptung gute Gründe hat oder nicht, ist gleichgültig; es kommt lediglich darauf an, daß Behauptung gegen Behauptung steht.«

Es ist zwar richtig, daß man sich ohne voraufgegangenen Meinungsstreit eine Wette überhaupt nicht denken kann[72]), deshalb darf aber noch keineswegs aus jedem einem Vertragsschluß vorangegangenen Meinungsstreit der Kontrahenten auf eine Wette geschlossen werden.[73]) Wäre dies der Fall, so hätten es die Spieler jederzeit in der Hand, durch Aufstellung entgegengesetzter Behauptungen den beabsichtigten Spielvertrag in eine Wette zu verwandeln. In diesem Sinne führt Wilda[74]) richtig aus: »Jede Aufstellung von Behauptungen, wenn es den Parteien gar nicht um diese zu tun ist, wenn sie nur benutzt

---

[68]) Pandektenkommentar Bd. XI. S. 331.

[69]) Pandekten II § 574.

[70]) Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 6. Aufl. Berlin 1899, § 187.

[71]) Handbuch des Deutschen Privatrechts. 3. Aufl. Berlin 1873, Bd. 3 S. 324 Abs. 2.

[72]) Vergl. die allgemeinen Betrachtungen.

[73]) Vergl. Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 28 S. 209.

[74]) a. a. O. S. 209.

wird, um Gewinn und Verlust davon abhängig zu machen, wird zum Spiel.«

Ferner genügt nicht, was gleichfalls vielfach vertreten worden ist, zu sagen, daß die Wette die natürliche Folge eines vorangegangenen ernstlichen Meinungsstreits sei. Dies ist zwar an sich richtig, reicht aber nicht aus zur begrifflichen Scheidung von Spiel und Wette. Man denke sich z. B. folgenden Fall: Zwei Personen geraten bei einer Unterhaltung über schwierige Schachpartieen in den heftigsten Meinungsstreit darüber, wer von ihnen der tüchtigere Schachspieler sei. Da sie sich nicht beruhigen können, so schlägt ein Dritter schließlich vor, sie sollten zwei anerkannt schwierige, schon durch tüchtige Meister zum Austrag gebrachte Partieen machen, dann werde sich schon klar zeigen, wer der tüchtigere sei und Recht habe. Der Vorschlag findet Beifall, das Schachbrett wird herbeigeholt und, ohne ein Wort zu sprechen — oder auch nach Vereinbarung eines bestimmten, sei es hohen oder niedrigen Gewinnes — machen die Streithähne die beiden Partieen, von denen jeder eine gewinnt und eine verliert. — Wer wollte hier im Ernste von einer »Wette« reden!

Durch diesen Ausgang des Schachturniers noch keineswegs beruhigt geraten nunmehr beide in einen heftigen Streit darüber, wer von ihnen auf die Dauer der bessere Spieler sei, und jeder erklärt, 100 Taler zum Pfand setzen zu wollen, daß er als Sieger hervorgehen werde. Der Dritte schlägt nun noch 8 bestimmte, schwierige Partieen, jede um den bisherigen Satz zum Austrag vor. Hiermit einverstanden verabreden die enragierten Schachkünstler nunmehr unter sich, daß derjenige, der die geringere Anzahl dieser Partieen gewinne, außer dem Satz für jede verlorene Partie noch die 100 Taler zu zahlen habe und zwar diese nicht an den Gegner sondern an die Armen.

Die Partieen werden zum Austrag gebracht, und diesmal ist die Zahl der von ihnen gewonnenen Partieen verschieden.

In diesem letzteren Fall kann es doch wohl kaum einem Zweifel unterliegen, daß ein Wettvertrag und außerdem 8 Spielverträge, deren Ausführung und Entscheidung gleichzeitig zum Austrag der Wette gedient hat, also Spiel und Wette als natürliche Folge ein und desselben ernstlichen Meinungsstreites vorliegen.

c) Endlich soll es nach manchen darauf ankommen, ob das zur Entscheidung dienende Ereignis jeder der drei Zeiten Gegenwart, Zukunft und Vergangenheit angehören könne.

Es finden sich in dieser Hinsicht meist nur Andeutungen, selten bestimmte Ausführungen.

Vangerow[75]) erklärt hinsichtlich der Wette: »Für den Begriff der Wette ist es völlig gleichgültig, ob die Behauptung sich auf etwas Vergangenes, Gegenwärtiges oder Zukünftiges bezieht.«

Holzschuher,[76]) v. d. Pfordten,[77]) Sintenis[78]) und andere haben sich dahin ausgesprochen, daß beim Spiel die Entscheidung stets von einem in der Zukunft liegenden Ereignis abhänge, während bei der Wette die Entscheidung auch in der Gegenwart oder Vergangenheit liegen könne. Im Gegensatz hierzu bemerkt Mengel[79]) richtig, daß die entscheidende Tatsache beim Abschluß des Spielvertrags schon feststehen könne und alle folgenden Handlungen nur der Beseitigung der unter den Parteien bestehenden Ungewißheit über ihr Vorhandensein dienen können z. B. bei dem sogenannten »Häufeln«[80]) und dem »Kümmelblättchenspiel«.[81])

Außerdem aber versagt diese Theorie in allen den Fällen, in denen ein zukünftiges Ereignis zur Entscheidung dienen soll, da nach ihr auch bei der Wette die Entscheidung in der Zukunft liegen kann.

Andere wiederum scheinen es als wesentliches Merkmal

---

[75]) Lehrbuch der Pandekten, Marburg und Leipzig 1869, Bd. 3 § 673 S. 521 Anm.

[76]) Theorie und Kasuistik des Civilrechts, Leipzig 1881, 3. Aufl. Bd. S. 79 ff.

[77]) Abhandlungen aus dem Pandektenrecht, 1840. S. 350.

[78]) a. a. O. § 97 Anm. 74.

[79]) a. a. O. S. 18 Abs. 2 i. f.

[80]) Hier werden die Karten, mit denen gespielt wird, in verschiedene Pakete verteilt. Von diesen behält der Bankhalter eins, die übrigen werden zum Setzen der Spieler benutzt. Zum Schluß werden die Pakete umgeschlagen und der Wert der untersten Karten im Vergleich zu der des Bankhalters entscheidet über Gewinn und Verlust.

[81]) Hier hat der Gegenspieler zu erraten, welche unter drei verdeckt gewesenen Karten die im voraus bestimmte Gewinnkarte ist.

der Wette anzusehen, daß bei ihr die Entscheidung stets beim Abschluß des Vertrags schon feststehe, während sie beim Spiel nur in der Gegenwart oder Zukunft liegen könne. So führt Windscheid aus:[82]) »Spiel und Wettvertrag seien wesentlich verschieden. Bei dem Wettvertrag sei die Bedingung, von der die Parteien Gewinn und Verlust abhängig machten, die Richtigkeit oder Unrichtigkeit von Behauptungen, beim Spielvertrag dagegen entweder der Ausfall einer von den Parteien vorgenommenen Tätigkeit oder das Sein oder Nichtsein, Eintreten oder Nichteintreten irgend einer anderen Tatsache. Dagegen findet sich in seinen Ausführungen keine Andeutung, daß auch ein der Vergangenheit angehöriges Ereignis zur Entscheidung eines Spielvertrags dienen könne. Windscheid betrachtet es also offenbar als ein wesentliches Kriterium des Spiels, daß zu seiner Entscheidung nur ein der Gegenwart oder Zukunft angehöriges Ereignis benutzt werden könne.

Zur Widerlegung dieser Ansicht genügt der Hinweis auf folgende Ausführungen Stengleins:[83]) »Man könnte sich leicht in den Fall denken, daß eine Gesellschaft in Ermangelung von Karten oder anderen Spielutensilien und etwa zugleich mit dem Nebenmotiv, Geschichtskenntnisse an den Tag zu legen, geschichtliche Behauptungen aufstellt und darüber wettet, um lediglich über Gewinn und Verlust zu entscheiden. Man wird wohl annehmen dürfen, daß dies, obwohl in die Form einer Wette gebracht, als Spiel erklärt werden würde.«

Dagegen hängt offenbar die schon von Wilda[84]) als irrig zurückgewiesene Ansicht, daß der Gegenstand der Wette stets ein an sich ungewisser sein müsse, mit der unrichtigen Vorstellung zusammen, die Wette müsse sich immer auf ein entscheidendes Ereignis beziehen, das erst in Zukunft eintreten könne.

Auf die Dauer konnte es freilich der einsichtigen Erwägung nicht entgehen, daß es weniger darauf ankommen könne, ob das Ereignis bereits eingetreten, als vielmehr darauf, ob sein Eintreten den Kontrahenten bereits bekannt sei. Wenigstens

---

[82]) Lehrbuch des Pandektenrechts 4. Aufl. Düsseldorf 1875, § 429 S. 570, 71.

[83]) a. a. O. S. 130 i. m.

[84]) a. a. O. Bd. 8 S. 223 N. 97, Heimbach a. a. O. S. 419.

herrscht heute fast allgemein Übereinstimmung dahin, daß eine Wette auch dann vorliegt, wenn der eine Kontrahent der Richtigkeit seiner Behauptung gewiß ist, da er sichere Quellen für die Kenntnis des Eintritts des entscheidenden Ereignisses hat, er müßte sich denn arglistig so stellen, als wenn dies nicht der Fall sei.[85]) Sehr richtig bemerkt in dieser Hinsicht Stenglein:[86]) »Daß der Umstand des Sicherwissens die Wette nicht ausschließt, ist jedoch selbstverständlich; denn in der Regel glauben ja die Streitenden, die schließlich zur Wette gelangen, die streitige Tatsache sicher zu wissen.«

II. Innere Momente als Unterscheidungsmerkmal.

Gegenüber der Gruppe von Schriftstellern, die das Unterscheidungsmerkmal in äußeren Momenten suchen, steht eine andere, die das entscheidende Gewicht auf innere Momente legt.

a) Nach Heß soll es auf das Überzeugtsein oder Nichtüberzeugtsein, das Wissen oder Nichtwissen der Kontrahenten ankommen. Er führt in dieser Hinsicht wörtlich folgendes aus:[87] »Der Unterschied von Wette und Spiel besteht darin, daß der Wettende von der Richtigkeit der aufgestellten Behauptung überzeugt ist, der Spieler hiervon nicht überzeugt ist. Bei der Wette sowohl als beim Spiel vereinbaren die Parteien etwas unter der Bedingung, daß eine von ihnen aufgestellte Behauptung richtig ist, bzw. — was dasselbe ist, — daß eine von ihnen behauptete Tatsache eintreten wird. In beiden Fällen ist die Bedingung, der die Parteien sich unterwerfen, die gleiche, nämlich: Richtigkeit einer aufgestellten Behauptung bzw. Eintritt einer behaupteten Tatsache. Der Unterschied besteht nur darin, daß der Wettende weiß oder wenigstens zu wissen glaubt, daß die aufgestellte Behauptung richtig ist (die behauptete Tatsache eintreten wird) und er somit gewinnen wird, daß der Spieler dies nicht weiß und auch nicht zu wissen glaubt. Gewiß, sicher dünkt also dem Wettenden die Richtigkeit der aufgestellten Behauptung, ungewiß, zweifelhaft dünkt sie dem Spieler. Als

---

[85]) vgl. auch Krügelstein a. a. O. S. 32, 33.

[86]) a. a. O. S. 131 Abs. 2 i. pr.

[87]) Dr. Anton Heß: Abhandlungen aus dem Gebiete des Civil- und Strafrechts, Hamburg, Otto Meißner 1892, II. Wette und Spiel I.

Gewißheit, Notwendigkeit erscheint dem Wettenden der Eintritt der vorausgesagten Tatsache, als Zufall erscheint er dem Spieler. Zufall bildet den Gegensatz zur Notwendigkeit, zur Gewißheit. Zufall ist nicht, was nicht notwendig. Denn notwendig ist alles, was geschieht. Was geschieht, muß geschehen. Zufall ist, was dem urteilenden Subjekt nicht notwendig erscheint, was von diesem nicht vorhergewußt. Es gibt keinen Zufall d. h. keinen Zufall in der Objektivität, keinen objektiven Zufall. Es gibt nur einen Zufall für das urteilende Subjekt, nur einen subjektiven Zufall. Wer als richtig vorhersagt, was er nicht vorher weiß, für den ist die Richtigkeit des Vorhergesagten Zufall. Wer dagegen als richtig vorhersagt, was er vorher zu wissen glaubt, für den ist die Richtigkeit des Vorhergesehenen Notwendigkeit, Gewißheit. Man darf also nicht sagen, der Spieler unterwerfe sich einer Bedingung, deren Eintritt vom Zufall abhängig sei, man muß vielmehr sagen, der Spieler unterwerfe sich einer Bedingung, deren Eintritt ihm, dem Spieler, und zwar zur Zeit der Eingehung des Spielvertrags vom Zufall abhängig erscheint. Es kommt für den Unterschied von Spiel und Wette gar nicht darauf an, ob der Eintritt der Bedingung anderen als Zufall oder Notwendigkeit erscheint. Es kommt ferner nicht darauf an, ob er dem Spieler selbst bei genauerer, sorgfältigerer Überlegung oder zu einer anderen Zeit als Zufall oder Notwendigkeit erscheint. Denn sonst gäbe es überhaupt keine Wette. Denn es gibt bekanntlich keine Behauptung, deren Richtigkeit allen Urteilenden oder auch nur dem Urteilenden selbst bei Erwägung aller denkbaren Möglichkeiten als gewiß, als sicher erscheinen könnte. Anders ausgedrückt: es gibt kein objektiv und absolut sicheres Urteil.

In dem Wissen oder Nichtwissen, in dem Überzeugtsein oder Nichtüberzeugtsein der Parteien von der Richtigkeit der aufgestellten Behauptung liegt also der Unterschied von Wette und Spiel. Anders ausgedrückt: Er liegt in dem Verhältnis jener Behauptung zu dem Urteil des Behauptenden über die Richtigkeit der Behauptung, d. h. in dem Grade des Fürwahrhaltens.«

Der Grundfehler, in den Heß verfallen ist, ist der, daß er seine Theorie auf dem unbewiesenen Satz aufbaut, daß bei Spiel und Wette stets die Parteien etwas unter der Bedingung

vereinbarten, daß eine von ihnen aufgestellte Behauptung richtig sei bzw. eine von ihnen behauptete Tatsache eintreten werde. Dieser Satz ist mindestens nicht allgemein gültig. Es gibt zahlreiche Spiele wie z. B. das Würfel-, das Roulette- und das Schachspiel, bei denen Behauptungen nicht aufgestellt werden. Sind aber bei einem Spiele Behauptungen nicht aufgestellt, so hängt weder seine Entscheidung von der Richtigkeit solcher ab noch ist für Wissen oder Nichtwissen, Überzeugtsein oder Nichtüberzeugtsein der Spieler von der Richtigkeit solcher Raum.

b) Nach anderen soll der begriffliche Unterschied von Spiel und Wette in der Verschiedenheit des Motivs und des Zweckes liegen.

α) Nach den einen soll das Spiel ausschließlich oder doch hauptsächlich des Gewinnes wegen getrieben werden, wenn auch noch andere Beweggründe dabei als Begleiterscheinung auftreten könnten, die Wette dagegen allein der Rechthaberei bei einem Streite, der Absicht der Erhärtung oder Bewahrheitung der aufgestellten Behauptungen entspringen. Deshalb werde auch bei der Wette häufig von den Parteien vereinbart, daß die Wettsumme nicht dem aus dem Meinungsstreit als Sieger hervorgegangenen Teil zufallen, sondern gemeinsam vertrunken oder dritten Personen, etwa den Armen oder einer Stiftung zugewiesen werden solle. Aber sei auch nichts dergleichen vereinbart, sondern vielmehr, daß die Wettsumme dem Sieger zufallen solle, so sei doch hierin nicht sowohl ein Gewinn als vielmehr eine Art Siegeszeichen zu erblicken, gewissermaßen auch ein Zeichen der Strafe und Demütigung für den Unterliegenden. Am deutlichsten spricht diese Gedanken v. d. Pfordten aus.[88]) Er führt aus: »Fragen wir nun aber nach dem Motiv, welches diese Verträge hervorruft, so kann es ein doppeltes sein, und hierin liegt dann der Unterschied von Spiel und Wette. Das Spiel wird um des Gewinnes willen getrieben; zwar konkurrieren auch hier noch andere Beweggründe z. B. Unterhaltung, Übung des Körpers oder des Geistes, aber immer gibt der Gewinn dem Spiele seine eigentliche Bedeutung.

Die Wette dagegen wird nicht um des Gewinnes willen eingegangen, sondern ihr Motiv ist Rechthaberei bei einem

---

[88]) a. a. O. S. 320 ff.

Streite; der Gewinn soll nur Siegeszeichen sein, den grundlos Streitenden soll er züchtigen. Dies zeigt sich auch deutlich darin, daß sehr häufig der Gewinnende den Gewinn nicht für sich behält, sondern mit dem Verlierenden und den Zeugen verjubelt, um seine Siegesfreude zu genießen.«

Ferner schreiben

1. Dernburg:[89]) »Vom Spiel unterscheidet sich also die Wette dadurch, daß den Wettenden vorzugsweise das Interesse an der Bewährung seiner Behauptung leitet, während es dem Spielenden nur um Erregung seiner Leidenschaften und um Gewinn zu tun ist.«
2. Oertmann:[90]) »Die herkömmliche und richtige Unterscheidung geht aus von der verschiedenen Absicht: Beim Spiel ist das Leitmotiv auf Unterhaltung und Gewinn gerichtet, bei der Wette waltet das ideelle Interesse an der Bewahrheitung einer aufgestellten Behauptung vor.«
3. Enneccerus-Lehmann[91]) Entscheidend für den Unterschied ist das Motiv. Die Wette soll eine Behauptung bekräftigen, das Spiel bezweckt Unterhaltung oder Gewinn (oder Beides).«
4. Planck:[92]) „Man wird den Spielvertrag bezeichnen können als einen Vertrag, bei dem die Parteien Gewinn und Verlust unter entgegengesetzten Bedingungen vereinbaren, lediglich um durch den Zufall einen Gewinn zu erzielen oder sich die Zeit zu vertreiben, als Wettvertrag einen Vertrag, bei dem die Parteien zur Bekräftigung bestimmter Behauptungen sich gegenseitig verpflichten, daß demjenigen, dessen Behauptung sich als richtig erweist, von dem andern eine bestimmte Leistung gemacht werden soll.«
5. Vangerow:[93]) »Während Geldspiele der Unterhaltung und vorzugsweise des Gewinnes wegen getrieben werden, wirkt bei den eigentlichen Wetten ein

[89]) Lehrbuch des Preußischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs, Halle 1882, 3. Aufl. Bd. 2 S. 412, 414.

[90]) Das Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1899.

[91]) Das bürgerliche Recht, Bd. I, 2. Aufl. Marburg 1901. § 320.

[92]) B. G. B. 1. und 2. Aufl. Berlin 1899, Lieferung 6, Buch II, zum 17. Titel.

[93]) a. a. O. S. 521 Anm.

ganz anderes Motiv, indem dabei wesentlich bezweckt wird, bei einem verhandelten Meinungsstreite dem Sieger eine Art Genugtuung zu verschaffen.«

6. Hirschfeld:[94]) »Wir sehen mit der herrschenden Lehre den begrifflichen Unterschied von Spiel und Wette darin, daß es beim Spiel das Motiv der Vertragsschließenden ist, eine Vermögensverschiebung herbeizuführen oder sich eine Unterhaltung zu verschaffen, während durch die Wette eine ernstlich aufgestellte Behauptung dadurch erhärtet werden soll, daß, wenn sich die Behauptung als unrichtig erweist, man zur Buße etwas zu leisten verspricht.«

Diese Autoren nehmen also übereinstimmend an, daß beim Spiel »Unterhaltungsbedürfnis« und »Gewinnsucht« als Motive vorkommen könnten und in jedem dieser Motive ein Moment liege, wodurch sich das Spiel von der Wette unterscheide. Die Mehrzahl derselben nimmt ferner an, daß das Motiv der Unterhaltung stets in Verbindung mit dem der Gewinnsucht vorhanden sei oder doch vorhanden sein könne, daß aber immer das der Gewinnsucht vorwiege.

Heinzerling[95]) weicht von dem Standpunkt dieser Gruppe insofern ab, als er eine Gewinnabsicht auch bei der Wette für möglich hält. Bei dem Spiel stehe sie aber immer im Vordergrund, während sie bei der Wette etwas nebensächliches sei.

In der Tat gibt es auch, wie wir schon oben[96]) festgestellt haben, Wetten, bei deren Abschluß einer der Kontrahenten der Richtigkeit seiner Behauptung sich voll bewußt ist und nur in der sicheren Hoffnung und Überzeugung, die von der anderen Partei versprochene Leistung zu erhalten, sich zu ihrem Eingehen bewegen läßt.

Selbst in der so nach Heinzerling modifizierten Form kann indessen die Theorie obiger Gruppe als allgemein gültig nicht anerkannt werden. Muß man zugeben, daß bei der Wette gewinnsüchtige Absicht vorhanden sein kann, so kann diese nicht mehr als Eigentümlichkeit des Spiels in Anspruch ge-

[94]) Über Wettrennen und Rennwetten, ein Beitrag zur Lehre von Spiel und Wette, Bremen 1899, Verlag v. G. a. v. Halem. S. 1 i. m.

[95]) Archiv für praktische Rechtswissenschaft, Bd. 11 S. 312.

[96]) Siehe S. 27 oben.

nommen werden, wie sie denn auch bei diesem durchaus nicht so selten fehlt. Man denke nur an die sogenannten »Stammgäste« in Monte Carlo, die regelmäßig alle Jahre erscheinen, um sich durch das Verspielen einer gewissen Summe aufzuregen, aber durchaus nicht kommen, um sich zu bereichern. Denke man ferner nur an alle diejenigen Spiele, die in geselligen Kreisen ausschließlich zur Unterhaltung gespielt werden: hier von Gewinnsucht reden zu wollen, geht doch nicht wohl an, zumal, wenn noch die Einsätze minimal sind. Hier verfolgt eben die Knüpfung von Gewinn und Verlust an das eigentliche Spiel nur den Zweck, die Aufmerksamkeit der Spieler durch die Möglichkeit eines gewissen Verlustes wach zu erhalten oder vielleicht auch die zerstreuende, unterhaltende Kraft der Spieltätigkeit zu steigern, ihr einen gewissen Extrareiz zu verleihen.

Man darf sonach nur sagen, es kann Gewinnsucht das eigentliche, ja das einzige Motiv des Spiels sein und ist es sehr häufig, nicht jedoch, sie sei bei jedem Spiele vorhanden, und ferner nicht, bei der Wette könne Gewinnsucht niemals als Motiv mit in Frage kommen.

Alle oben mitgeteilten Ansichten enthalten nur auf Einzelfälle passende Beobachtungen, nur Sätze von relativer Wahrheit.

β. Beseler[97]) führt über den Zweck des Spiels und der Wette folgendes aus:

»Der Zweck des Spiels ist Unterhaltung, der Zweck der Wette die Entscheidung einer Meinungsverschiedenheit.

Die Absicht eines Gewinnes kann bei beiden Verträgen vorkommen und ist sogar bei Geldspielen gewöhnlich vorhanden, bei Wetten wenigstens nicht ausgeschlossen: aber diese Absicht darf nur zur Erhöhung des Spielreizes hinzutreten, den Ausgang der Wette pikanter machen; beherrscht sie allein den Vertrag, so tritt derselbe aus seinem natürlichen Kreise heraus, wenn auch der Begriff des gewerbsmäßigen Spielens noch nicht notwendig dadurch begründet wird.«

γ. Arnheim endlich erblickt das dem Spiel charakteristische Merkmal in der Freude am Wagnis oder dem Vergnügen an der Kunstübung.

Zu diesem Resultat gelangt er auf folgendem Wege.

[97]) a. a. O. § 542, § 130 Abs. 1 i. f.

Er geht bei seiner Untersuchung davon aus, daß unter Spiel eine der Erholung und dem Zeitvertreib dienende Tätigkeit zu verstehen sei, springt dann plötzlich nach der Erklärung, daß der Zeitvertreib in der Ergötzung am Spiel liege, zu den Spielverträgen über und fährt fort:[98])

»Denselben Zweck wie das Spiel selbst haben die Spielverträge, auch sie dienen der Erholung und der Ergötzung.

Die Ergötzung läßt sich nun in einem Spielvertrag auf zweierlei Weise erreichen, indem die Spieler entweder auf den ungewissen Ausgang des Spiels oder auf die Ausübung des Spiels selbst das Hauptgewicht legen. Bildet die Ungewißheit des Ausgangs für die Spielenden den Schwerpunkt, so beruht die Ergötzung auf dem Wagnis, das in dem Vertrage liegt. Dadurch nämlich, daß jede Partei gewinnen, jede verlieren kann, wird dem Spiel ein gewisser Reiz verliehen. Kommt es dagegen den Spielenden weniger auf eine Entscheidung des ungewissen Ausgangs an als vielmehr auf das Spielen selbst, wie bei Geschicklichkeitsspielen, so bietet die Ausübung des Spiels die gesuchte Ergötzung.

Demnach enthält das Spiel als charakteristisches Merkmal die Freude am Wagnis oder das Vergnügen an der Kunstübung.«

Hinsichtlich der Wette ist Arnheim der Ansicht, daß ein Meinungsstreit Veranlassung und Grundlage derselben sein müsse.[99]) Der Reiz am Wagnis fehle der Wette vollständig,[100]) vielmehr liege ihr Schwerpunkt darin, daß sie als die natürliche Folge eines vorangegangenen Meinungsstreites eintrete und nicht künstlich von den Parteien herbeigeführt werde.[101])

Demgegenüber ist folgendes zu erwägen:

Wären der Zweck der Unterhaltung, die Freude am Wagnis und das Vergnügen an einer Kunstübung wirklich die charakteristischen Merkmale des Spiels, dann müßte es zulässig erscheinen, einen lediglich zum Zeitvertreib oder aus Freude am Wagnis unternommenen halsbrecherischen Aufstieg eines enragierten Hochtouristen oder den Versuch eines enragierten Schwimmers, den Kanal zu durchschwimmen, und ferner das wegen des Ver-

[98]) a. a. O. S. 9 i. m., 10.
[99]) a. a. O. S. 10 i. m.
[100]) a. a. O. S. 23 i. m.
[101]) a. a. O. S. 10 Abs. 3; S. 23 i. m.; S. 12 i. m.; S. 24 i. m.; S. 25 i. m.

gnügens an der Kunstübung begonnene Hindernisrennen eines Sonntagsreiters als Spiel zu bezeichnen, was indessen in offenbarem Widerspruch mit dem herrschenden Sprachgebrauch stände.

Analog verhält es sich mit dem schon oben[102]) besprochenen Merkmal der Wette als natürlicher Folge eines vorangegangenen Meinungsstreites.

Der Grundfehler der Arnheimschen Betrachtungen über den begrifflichen Unterschied von Spiel und Wette aber ist der, daß er die von ihm für die Spieltätigkeit als charakteristisch in Anspruch genommenen Merkmale ohne weiteres auch als Charakteristika des Spielvertrags ansieht. Dies ist zugleich der deutliche Beweis dafür, daß Arnheim die heterogenen Größen »Eigentliches Spiel« und »Geldspiel« nicht erkannt hat.

Alle die bisher erörterten Theorieen beschränken sich auf die Beobachtungen einzelner Erscheinungen, sie gehen nicht auf das Wesen ein. Dieses kann nur begriffen werden aus dem Inhalt der den Spiel- und den Wettvertrag ausmachenden Willenserklärungen.

Diesen Fehler vermeidet Mengel.[103])

Nach ihm ist Spielvertrag: »Die Übereinkunft, durch die jede Partei für den Fall der ihr ungünstigen Entscheidung eines ungewußten Umstandes sich einem Verlust unterwirft, um im entgegengesetzten Fall seiner Entscheidung zu ihren Gunsten auf Kosten der anderen einen zu ihren vermögensrechtlichen Verhältnissen außer Beziehung stehenden Gewinn zu machen«,

Wette: »Die auf Grund eines ernsten Meinungsstreites abgeschlossene Übereinkunft, nach der jede Partei für den Fall der Unrichtigkeit ihrer Behauptung sich einem Vermögensverlust unterwirft, um im entgegengesetzten Fall ihrer Richtigkeit auf Kosten der anderen einen zu ihren vermögensrechtlichen Verhältnissen außer Beziehung stehenden Gewinn zu machen.«

Unrichtig aber ist Mengels Ansicht, daß bei Spiel und Wette der erklärte Willen und damit der Vertragsinhalt derselbe sei. Mengel spricht dies, wie folgt, aus:[104]) »In dieser Hinsicht aber besteht kein Unterschied zwischen Spiel und Wette: bei beiden versprechen die Parteien, unter entgegengesetzten Be-

[102]) Siehe S. 24.

[103]) a. a. O. S. 10 Abs. 3; S. 23 i. m; S. 12 i. m; S. 24 i. m.

[104]) a. a. O. S. 23 i. m.

dingungen sich einem Vermögensverlust zu unterwerfen, hier für den Fall der Richtigkeit einer bestimmten Behauptung, dort beim Eintritt einer beliebigen eigentlichen oder uneigentlichen Bedingung«, und — bei Erörterung der sogenannten einseitigen Wette —:[105]) »Das Wesen des Wettvertrags besteht anerkanntermaßen, mag man ihm noch andere Eigentümlichkeiten zuerkennen oder nicht, in erster Linie in der Übernahme eines Risikos auf beiden Seiten und somit in der Vereinbarung einer Entscheidung über Gewinn und Verlust für beide Parteien, sowie darin, daß gerade der positive oder negative Ausfall derselben Bedingung den Leistungspflichtigen bestimmt. Alle diese Merkmale, die eben die Wette mit dem Spiel von allen übrigen Geschäften scharf trennen, verschwinden, sobald nur eine Partei einen Verlust übernimmt.«

Von diesem Standpunkt aus gelangt Mengel schließlich zu dem weiteren unrichtigen Resultat:[106]) »Da also bei der Wette die Parteien einen Vermögensübergang von der Richtigkeit bestrittener und bestreitbarer Behauptungen, beim Spiel einen solchen von sonstigen Umständen abhängig machen, ist erstere vom Gesichtspunkt des Rechts lediglich eine Unterart der letzteren d. h. besteht kein Unterschied im Wesen, nur in der äußeren Erscheinung.«

Die Unrichtigkeit des Mengelschen Standpunkts wie auch die aller übrigen oben erörterten Theorieen erhellt aus den nachfolgenden Ausführungen über des Verfassers eigene Ansicht.

---

[105]) a. a. O. S. 26 Abs. 3 i. pr.
[106]) a. a. O. S. 24 Abs. 3 i. pr.

§ 3.

Eigene Ansicht des Verfassers.

Für den Charakter eines Vertrags ist, sofern nicht die Rechtsordnung für ihn eine ihn zum Vertragstyp stempelnde Form vorschreibt, sein Inhalt maßgebend.[107])

Spiel- und Wettvertrag erfordern eine Form — man denke z. B. an die römische Stipulation oder die der Schriftlichkeit — weder nach gemeinem Recht noch nach dem Recht des B. G. B. Sie sind formfrei. Maßgebend für ihren Charakter ist also ihr Inhalt.

Der Inhalt eines Vertrags aber ergibt sich aus den ihn ausmachenden zusammenstimmenden Willenserklärungen. Diese bestehen bei den einseitigen Verträgen wie z. B. dem Schenkungsvertrag in dem Versprechen einer bestimmten Leistung seitens eines der Kontrahenten und der Annahme durch den anderen Kontrahenten, bei den zweiseitigen Verträgen wie z. B. dem Kaufvertrag in gegenseitigen Leistungsversprechen, von denen jedes zugleich die Erklärung der Annahme des anderen bedeutet.

Diese Leistungsversprechen sind in ihrem Inhalt verschieden je nach der Art der versprochenen Leistungen, der übernommenen Verpflichtungen. Letztere wiederum richtet sich, da alle Verträge unmittelbar — als Rechtsgeschäfte — zur Ordnung bestimmter Rechtsverhältnisse, mittelbar zur Befriedigung gewisser menschlicher Bedürfnisse bestimmt sind, die Mittel aber hinsichtlich ihrer Art und Beschaffenheit dem mit ihnen zu erreichenden Zweck entsprechend ausgewählt und gestaltet werden müssen, nach den zu befriedigenden Bedürfnissen der Kontrahenten und der Art der Rechtsverhältnisse, deren Begründung, Aufhebung oder Änderung deshalb im einzelnen Fall erstrebt wird. — Indessen können, was wohl zu beachten ist, Rechtsver-

[107]) Stenglein a. a. O. S. 113, 142; Krügelstein a. a. O. S. 12; Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts Bd. I, § 187, a; Enneccerus-Lehmann a. a. O. § 83 III.

hältnisse nicht willkürlich nach subjektiven Einfällen geschaffen, geändert oder aufgehoben werden. Das Rechtsleben bewegt sich vielmehr in bestimmten typischen Arten von Geschäften.

Nur im Gebiet des Obligationenrechts sind alle Verträge rechtswirksam, sofern sie sich innerhalb der allgemeinen Schranken der Rechtsgeschäfte halten und ihnen nicht durch besondere Gesetzesbestimmungen die Rechtswirksamkeit ausdrücklich entzogen ist — sei es ganz oder teilweise, schlechthin oder doch bei Nichtbeobachtung bestimmter Formvorschriften. Der Inhalt obligatorischer Verträge hängt also im allgemeinen von dem freien Willen der Vertragsschließenden ab und gestaltet sich nach den Zwecken, die sie mit denselben verfolgen.

Für alle häufiger vorkommenden, weil als Mittel zur Befriedigung gemeinmenschlicher Bedürfnisse geeigneten Verträge gleichen, innerhalb bestimmter Grenzlinien feststehenden Inhalts haben sich bekanntlich im Lauf der Zeit besondere Bezeichnungen herausgebildet. Man spricht von ihnen unter dieser Bezeichnung als von Vertragstypen wie z. B. vom Kauf, Tausch, der Schenkung etc. Der Inhalt eines Vertragstypus kann daher nur aus der Auffassung des Lebens selbst, aus der Beobachtung der unter seiner Bezeichnung allgemein getroffenen Vereinbarung gewonnen werden. Das Resultat solcher Beobachtung kann ein für allemal vom Gesetzgeber fixiert werden. Wo es an einer solchen gesetzlichen Fixierung fehlt, und dies ist bei dem Inhalt des Spiel- und Wettvertrags der Fall, ist die Wissenschaft lediglich auf die Beobachtung des Lebens selbst, auf die Ermittelung und Klarstellung der allgemeinen Lebensauffassung angewiesen und auf die Feststellung desjenigen, was nach der allgemeinen Anschauung als durch die zusammenstimmenden Erklärungen der Parteien normalerweise zum Ausdruck gebrachter Vertragswille gilt.

Hiernach erhellt:

1. die Notwendigkeit der oben über Spiel und Wette angestellten allgemeinen Betrachtungen, um überhaupt einen selbständigen Versuch zur Klarstellung ihrer Begriffe machen zu können,[108])

[108]) Vergl. namentlich S. 5 ff, S. 10 ff.

2. die Notwendigkeit, daß die Ergebnisse dieser allgemeinen Betrachtungen die Grundlage jeder wissenschaftlichen Erörterung über den Begriff und juristischen Charakter von Spiel und Wette bilden müssen.

Die Wesen und Begriff von »Spiel« und »Wette« betreffenden Ergebnisse aber waren:

1. »Spiel« im Gegensatz zur Arbeit, »Eigentliches Spiel«, »Reines Unterhaltungsspiel« ist eine leichte, keinen ernsten Zweck verfolgende, sondern der Erholung und dem Zeitvertreib (der Ergötzung) dienende und insofern eine »Schein«-Tätigkeit. Es trägt seinen Reiz und seine Zwecke »Erholung, Ergötzung, Zeitvertreib« in sich selbst.

2. »Geldspiel«, Spielvertrag«, »Spiel« in diesem Sinne ist eine Vereinbarung, miteinander um Geld oder Geldeswert zu streiten und so eventuell eine durch sonst nichts gerechtfertigte Vermögensverschiebung herbeizuführen. Dies ist zugleich sein Zweck, der sich, weil sein Wesen bestimmend, mit seinem Inhalt völlig deckt.

3. »Wette« ist ein Vertrag zur Beilegung und zur Beförderung der Entscheidung eines Meinungsstreites.

Zum Streit um Geldeswert und damit auch zur Vereinbarung, um Geldeswert miteinander zu streiten und so eventuell eine durch nichts sonst gerechtfertigte Vermögensverschiebung herbeizuführen, ist nicht erforderlich, daß sich jeder der streitlustigen Kontrahenten einem eventuellen Vermögensverlust unterwirft, wenn dies auch in den weitaus meisten Fällen geschieht. Es genügt, daß sich einer der Kontrahenten einem eventuellen Vermögensverlust unterwirft.

Der Spielvertrag kann sonach in der Form eines zweiseitigen und eines einseitigen Vertrags auftreten. Dies ist bisher allgemein verkannt worden.

Unter die letztere Erscheinungsform fallen zum Teil und sind daher dann ihrem juristischen Charakter nach »Spiel« die

sogenannten »einseitigen Wetten«[109]) und die sogenannten »Popularwetten« Iherings,[110]) nämlich diejenigen dieser Verträge, die deshalb abgeschlossen werden, weil sie den Kontrahenten ein Mittel zur eventuellen Herbeiführung einer durch nichts sonst gerechtfertigten Vermögensverschiebung bieten.

Diesem Ergebnis kann nicht mit Erfolg entgegengehalten werden, daß die Erscheinungsform des einseitigen Vertrags im Leben nicht als »Spiel« bezeichnet werde. Das Leben hat für diese seltene Erscheinungsform des Spielvertrags eine besondere Bezeichnung überhaupt nicht, insbesondere nicht die Bezeichnung »einseitige Wette« oder »Popularwette«. Diese Bezeichnungen sind Notstandsschöpfungen von Juristen, die das Spiel und diese seine seltenere Erscheinungsform nicht in ihrem Wesen erkannt haben.

Soweit diese einseitigen Verträge nicht als (-weil-) Mittel zur eventuellen Herbeiführung einer durch sonst nichts gerechtfertigen Vemögensverschiebung abgeschlossen werden, fallen sie unter die allgemeine Rubrik des bedingten Leistungsversprechens in Form eines einseitigen Vertrags. In diesen Fällen liegt also weder »Wette« noch »Spiel in Gestalt eines einseitigen Vertrags« vor; wohl aber kann im konkreten Fall z. B. ein solcher Vertrag den Charakter eines Schenkungsvertrags haben oder den einer Auslobung. —

Eine »Wette« dagegen kann nur in der Weise zustande kommen, daß jeder der Kontrahenten sich der Möglichkeit eines Vermögensverlustes unterwirft.[111])

Denn nur unter dieser Voraussetzung und nur bei dieser Sachlage können die Parteien, ohne sich etwas zu vergeben, vereinbaren und feststellen, daß bisher keine der Behauptungen

---

[109]) Vergl. z. B. Mengel a. a. O. S. 26 ff; Hirschfeld a. a. O. S. 4 ff. 10 ff

[110]) Vergl. Ihering, Jahrbücher Bd. 4 S 100

[111]) Dies ist die internationale Auffassung des gemeinen Lebens. Sie tritt z. B. hervor in dem, unserem »Wette« entsprechenden französischen — auch im Code civil Titre XII gebrauchten — Wort »Pari«. Dem Franzosen ist offenbar »Wette« schlechthin nur ein Vertrag mit gleichen (-pari-) Einsätzen d. h. aber gleichgroßen Einsätzen beider Kontrahenten.

Ferner zeigt sie sich darin, daß im Englischen unserem Adjektiv

als widerlegt zu gelten habe, vielmehr beide bis zur Erbringung des Gegenbeweises als durch das Versprechen der Wettsumme hinreichend glaubhaft gemacht und insofern als gleichberechtigt anzuerkennen seien. In der »Wette« vereinbaren eben die Parteien das zur Beilegung und zur Beförderung der Entscheidung eines Meinungsstreites Dienliche, nicht dagegen: um Geldeswert miteinander streiten zu wollen. Letzterer Zweck — der des Spiels — läßt sich allerdings, wie wir oben gesehen, schon erreichen, wenn nur eine Partei sich einem eventuellen Vermögensverlust unterwirft.

Die Wettsummen sind nicht Gegenstand und Ziel eines vereinbarten Streites sondern vielmehr Mittel

1. zur Glaubhaftmachung der widerstreitenden Behauptungen und damit zur Schaffung der Grundlage für die Beilegung des Streites im Weg der gütlichen Vereinbarung,
2. zur Beförderung der eventuellen Entscheidung und endgültigen Beseitigung des Streites durch dessen Klarstellung.

Zufolge dieser Ergebnisse und gemäß der ihnen zu Gru liegenden allgemeinen Erwägungen sind »Spiel« und »Wet wie folgt, zu definieren:

I. »Spielvertrag ist der Vertrag, durch den die Kontrahenten zwecks eventueller Herbeiführung einer durch sonst nichts gerechtfertigten Vermögensverschiebung einen Streit um Geldeswert in der Weise vereinbaren, daß einer oder jeder von ihnen sich einem Vermögensverlust zu Gunsten des Gegners unterwirft für den Fall, daß zu dessen Gunsten ein von ihnen zur Entscheidung über die Person des Siegers (Gewinners) bestimmtes, mindestens einem von ihnen noch unbekanntes Ereignis eingetreten ist oder eintritt.«

»wett« die Ausdrücke »even«—»equal« entsprechen und sogenannte »Wetten« mit ungleichen Einsätzen als »odds« bezeichnet werden, wobei zu beachten ist, daß »odds« außer der Bedeutung »Ungleichheit« auch die Bedeutung von »Uneinigkeit, Streit, Zank« hat und »odd« außer »ungleich« auch »seltsam, wunderlich, unnatürlich, schlimm, böse« bedeutet.

Ein solcher Spielvertrag kann aus den verschiedenartigsten Motiven abgeschlossen werden; z. B.:

1. aus Gewinnsucht,
2. um sich durch den Gedanken an die Möglichkeit des Verlustes aufzuregen,
3. um dem anderen Kontrahenten Gelegenheit zu geben, einen Vermögensvorteil zu erwerben, und ihm so, ohne daß er dies empfindet, eine Wohltat zu erweisen,
4. was sehr häufig geschieht, um ihn an den ungewissen Erfolg einer zur Unterhaltung bestimmten Tätigkeit zu knüpfen und deren Reiz dadurch zu erhöhen oder, falls sie an sich überhaupt indifferenter Natur ist, ihr dadurch einen unterhaltenden Reiz zu geben.

Ferner können beim Abschluß des Spielvertrags die verschiedenartigsten Motive zusammenwirken. Endlich können sogar die Gruppen der zusammenwirkenden Motive auf Seiten der beiden Kontrahenten ganz verschiedene sein.

Dies erklärt sich sehr einfach dadurch, daß der Abschluß eines Spielvertrags wegen dessen eigentümlichen Inhalts: »Streit um Geld (den Gegenstand des allgemeinsten Interesses)« geeignet ist als Hilfsmittel zur Befriedigung ganz verschiedenartiger menschlicher Bedürfnisse zu dienen.

II. »Wette ist der Vertrag, durch den zwei im Meinungsstreit befindliche Parteien zwecks seiner gütlichen Beilegung und Beförderung seiner Entscheidung sich für den Fall der Unrichtigkeit ihrer Behauptungen einem Vermögensverlust unterwerfen und zugleich — ausdrücklich oder stillschweigend — ihre Behauptungen gegenseitig als durch das Versprechen der Wettsumme bis zur Erbringung des Gegenbeweises hinreichend glaubhaft gemacht und insofern gleichberechtigt anerkennen.«

Der so festgestellte Inhalt des Spiels und der Wette fällt unter keine der gegebenen Typen des Zivilrechts. Der Inhalt und damit auch der juristische Charakter des Spiels ist von dem der Wette infolge ihrer ganz verschiedenen, geradezu konträren Zweckrichtung

— das Spiel bezweckt Streit um bedingt versprochenen Geldeswert,

die Wette dagegen gütliche Beilegung und Beförderung der Entscheidung eines Meinungsstreites unter Benutzung bedingter Geldversprechen als Hilfsmittel —

in seiner Totalität verschieden.

»Spiel« und »Wette« haben sowohl als dem Leben und der Sprache des Lebens angehörende Begriffe als auch als Rechtsgeschäfte überhaupt nichts miteinander gemein.

Lebenslauf.

Am 22. Juni 1877 wurde ich als Sohn des Lehrers an der Höheren Mädchenschule Georg Reuber und seiner Ehefrau Luise geb. Backhaus zu Hanau geboren und im evangelischen Glauben erzogen. Von Ostern 1883—1887 besuchte ich die städtische Realschule, dann das Kgl. Gymnasium und studierte von Ostern 1896 bis Ostern 1897 und von Ostern 1898 bis Ostern 1899 Rechts- und Staatswissenschaften zu Marburg. Dort hörte ich insbesondere bei den Herren: von Blume, Enneccerus, von Heusinger, Köster, Kühnemann, Lehmann, Freiherr Langwerth von Simmern, Rathgen, Sartorius, Träger, Tuczek, Ubbelohde, Wachenfeld, Westerkamp. Von Ostern 1897—1898 studierte ich zu Göttingen, war während dieser Zeit Mitglied des Seminars für Versicherungswissenschaft und hörte bei den Herren: von Bar, Baumann, Bohlmann, Cohn, Detmold, Dove, V. Ehrenberg, R. Ehrenberg, Leonhard, Lexis, Regelsberger. Am 8. Mai 1898 erhielt ich das Diplom für Versicherungsverständige der administrativen Klasse. Am 24. Juni 1899 bestand ich beim Kgl. Oberlandesgericht zu Kassel die erste juristische Prüfung und trat am 12. Juli 1899 als Referendar in den juristischen Vorbereitungsdienst ein. Am 4. Juli 1903 bestand ich die mündliche Prüfung als Doktor der Rechts- und Staatswissenschaften.

Allen meinen hochverehrten Lehrern und besonders den Herren Geheimrat Enneccerus zu Marburg und V. Ehrenberg und Lexis zu Göttingen werde ich stets eine dankbare Erinnerung bewahren.